

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

N° 76 / 2023
du 15.06.2023
Numéro CAS-2022-00096 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, quinze juin deux mille vingt-trois.

Composition:

Roger LINDEN, président de la Cour,
Théa HARLES-WALCH, conseiller à la Cour de cassation,
Agnès ZAGO, conseiller à la Cour de cassation,
Thierry HOSCHEIT, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Laure MEYER, conseiller à la Cour de cassation,

Daniel SCHROEDER, greffier à la Cour.

Entre:

la société anonyme SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par le conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro NUMERO1.),

demanderesse en cassation,

comparant par Maître André HARPES, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

L'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par le Ministre d'Etat, ayant ses bureaux à L-1341 Luxembourg, 2, Place de Clairefontaine,

défendeur en cassation,

comparant par Maître François PRUM, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 98/22-IX-CIV, rendu le 29 juin 2022 sous le numéro CAL-2021-00045 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 16 septembre 2022 par la société anonyme SOCIETE1.) à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, déposé le 19 septembre 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Ecartant le mémoire en réponse signifié le 24 novembre 2022 par l'ETAT à la société SOCIETE1.), déposé le 2 décembre 2022 au greffe de la Cour en ce qu'il ne remplit pas les conditions de l'article 15, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Sur les conclusions du premier avocat général Monique SCHMITZ.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, saisi par la société SOCIETE1.) d'une demande tendant à voir constater sinon à voir prononcer la résiliation aux torts exclusifs de l'ETAT du contrat portant sur la fourniture, l'installation et la mise en service d'un radar et l'entendre condamner au paiement de dommages-intérêts, après avoir retenu que l'ETAT avait fautivement procédé à la résiliation du contrat, avait dit non fondée la demande en indemnisation, faute par la demanderesse en cassation d'avoir établi l'existence d'un préjudice.

La Cour d'appel a confirmé, pour d'autres motifs, ce jugement.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré depuis une fausse respectivement une application erronée de l'effet dévolutif inhérent à l'acte d'appel partant une violation de l'article 571 du Nouveau Code de Procédure Civil (NCPC).

Branche unique

Attendu que la partie demanderesse en cassation a demandé par le dispositif de son acte introductif d'instance du 17 septembre 2018 de :

- *Voir constater la résiliation du contrat de fourniture, installation et mises en service d'un interrogateur Mode-S, le radar TAR 3, aux torts exclusifs de la partie étatique.*
- *Subsidiairement et pour autant que de besoin, prononcer la résiliation du prédit contrat aux torts exclusifs de la partie étatique.*

Que sa demande ayant été déclarée comme non fondée par le jugement civil no 2020TALCH17/00078 du 18 mars 2020, la partie SOCIETE1.) S.A. a interjeté appel dès le 1er décembre 2020 en demandant de :

- *voir recevoir le présent appel en la forme ;*
- *l'entendre dire fondé et justifiée quant au fond ;*
- *par réformation du jugement du 18 mars 2020 ;*
- *dire fondée et justifié la demande de la société SOCIETE1.),*
- *partant voir condamner l'État....*

Que les juges d'appel ont motivé leur décision de déclaration de la demande comme non fondée en retenant qu'« il échet de confirmer le jugement entrepris, quoi que pour un autre motif, le dommage invoqué étant rattaché à une hypothèse factuelle non établie, il devient oiseux d'en toiser la réalité, son rattachement à un autre évènement déclencheur n'étant ni invoqué, ni demandé à défaut de saisine de la Cour d'une demande en résiliation du contrat >>.

La Cour d'Appel s'est donc déclarée non-saisie de la demande principale primitive de voir constater la résiliation du contrat aux torts de l'État et de la demande subsidiaire de prononcer la résiliation la demande en constat aux torts de l'État pourtant expressément formulée par le dispositif de l'acte introductif d'instance du 17 septembre 2018.

Or l'effet dévolutif, inhérent au droit d'appel édicté par l'article 571 du NCPC remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel, ceci dans son entièreté pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit.

L'instance d'appel est donc investie de plein droit de la connaissance intégrale du litige qui lui est dévolu.

Par l'acte d'appel, à condition qu'il soit recevable, chaque partie retrouve ainsi sa position procédurale ayant préexisté au jugement de première instance et l'instance d'appel a l'obligation de statuer sur la demande primitive.

Cette obligation d'office de l'instance d'appel de statuer sur l'entièreté de la demande primitive de SOCIETE1.) ne saura rencontrer que deux limitations :

- *celle d'une limitation expresse et hors toute ambiguïté de l'effet de l'appel par SOCIETE1.) dans son acte d'appel ;*
- *une éventuelle limitation des débats par les parties lors de la première instance.*

Le constat procédural est que SOCIETE1.) n'a à aucun moment formalisé la moindre limitation de l'effet dévolutif dans son acte d'appel et que toute limitation des débats lors de la première instance fait un défaut absolu.

Partant SOCIETE1.) S.A. par son acte d'appel était en droit de voir jugé sa demande primitive à savoir :

- voir recevoir le présent appel en la forme ;
- l'entendre dire fondé et justifiée quant au fond ;
- par réformation du jugement du 18 mars 2020 ;
- dire fondée et justifiée la demande de la société SOCIETE1.),
- partant voir condamner l'Etat ...

Face à ce droit incontestable de SOCIETE1.) de voir discuté et jugé en intégralité sa demande primitive en instance d'appel, le constat ne saura être autre est que par leur négation de leur saisine d'une demande en résiliation d'un contrat ayant lié les parties aux litiges, les juges de deuxième instance ont violé le principe de l'effet dévolutif de l'appel tel que compris dans l'article 571 du NCPC.

Que dès lors, le moyen est fondé en sa branche unique et il y a lieu de casser l'arrêt déféré. ».

Réponse de la Cour

Il ressort de l'acte d'appel et des conclusions en défense que la saisine de la Cour d'appel était limitée à la question de l'existence d'un préjudice découlant de la résiliation fautive du contrat.

En ce que la demanderesse en cassation fait valoir que la Cour d'appel était saisie de l'entièreté du litige, le moyen se fonde sur une prémisse erronée.

Il s'ensuit que le moyen manque en fait.

Sur le second moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré depuis une fausse respectivement une application erronée quant à l'aveu de la partie étatique partant une violation de l'article 1356 du Code Civil.

Branche unique

Attendu que quant à la résiliation unilatérale du contrat TAR 3 ayant lié les parties, la partie étatique, personne morale agissant nécessairement par son représentant, est passé à l'aveu alors que Maître François PRÛM au nom et pour compte de l'État a conclu en ses conclusions du 31 janvier 2022 que :

- *Le pouvoir adjudicateur ne conteste pas qu'il a créé une situation de fait, par la construction d'un parc d'éoliennes sur le site initialement affecté à l'installation du radar TRA 3, rendant ainsi impossible la poursuite du contrat ;*
- *Ce n'est pourtant qu'après avoir obtenu la certitude de l'inutilité la plus totale du TAR 3 que l'intimée a résilié unilatéralement le contrat, sans pour autant reprocher un comportement fautif à SOCIETE1.).*

C'est l'aveu judiciaire parfait alors qu'il est incontestable que l'avocat, investi d'un mandat ad litem, a le pouvoir de représenter son client et de l'engager par ses aveux (cf. Répertoire Dalloz, procédure civile, verbo preuve, no 1248 ; Jurisclasseur civil, contrats et obligations, art. 1354 à 1356, fasc. 10, no 41 et suivants).

Cet aveu judiciaire, alors même qu'entrepris par son représentant en justice dûment habilité, fait d'office foi contre celui qui l'a fait.

Or les juges d'appel ont écarté cet aveu en affirmant qu'il y a un défaut de résiliation du contrat du fait de l'État et affirmant << qu'il n'est ni établi, ni même que cette autorité aurait par la suite pris une telle décision >> et que << ne saurait suppléer à cette carence, des développements sur une éventuelle pratique ou situation administrative de fait, fussent-elle agréées par l'État allégué >>.

Par cette mise à l'écart de l'aveu judiciaire de l'État du 31 janvier 2022 faisant d'office pleine foi contre la partie étatique, les juges d'appel ont violé l'article 1356 du Code Civil.

Que dès lors, le moyen est fondé en sa branche unique et il y a lieu de casser l'arrêt déferé. ».

Réponse de la Cour

Au vu de la réponse donnée au premier moyen, le moyen est sans objet.

Sur le moyen d'ordre public proposé par le Ministère public

Enoncé du moyen

« tiré de la violation de l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile,

en ce que la Cour d'appel a examiné d'office la question de la résiliation du marché conclu entre parties,

alors que la Cour d'appel avait le devoir d'observer le principe de la contradiction et ne pouvait procéder d'office à cet examen, essentiel et préalable à la question de la responsabilité contractuelle en cause, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile.

En statuant d'office sur la question de la résiliation du contrat conclu entre parties, sans la soumettre au débat contradictoire, les juges d'appel ont violé l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile.

Il s'ensuit que l'arrêt encourt la cassation.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation

cassee et annule l'arrêt attaqué, numéro 98/22 - IX-CIV, rendu le 29 juin 2022 sous le numéro CAL-2021-00045 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière civile ;

déclare nuls et de nul effet ladite décision judiciaire et les actes qui s'en sont suivis, remet les parties dans l'état où elles se sont trouvées avant l'arrêt cassé et pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, autrement composée ;

condamne le défendeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître André HARPES, sur ses affirmations de droit ;

ordonne qu'à la diligence du procureur général d'Etat, le présent arrêt soit transcrit sur le registre de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg et qu'une mention renvoyant à la transcription de l'arrêt soit consignée en marge de la minute de l'arrêt annulé.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président Roger LINDEN en présence du procureur général d'Etat adjoint John PETRY et du greffier Daniel SCHROEDER.

Conclusions du Parquet Général
dans l'affaire de cassation
société anonyme SOCIETE1.) SA contre
l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG
affaire n° CAS-2022-00096 du registre

Le pourvoi en cassation introduit par la société anonyme SOCIETE1.) SA, ci-après dénommée SOCIETE1.) SA, par mémoire daté au 15 septembre 2022, signifié à l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, ci-après dénommé l'ETAT, le 16 septembre 2022 et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice en date du 19 septembre 2022, est dirigé contre l'arrêt n° 98/22-IX-CIV rendu contradictoirement le 29 juin 2022 par Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, neuvième chambre, siégeant en matière civile, dans la cause inscrite sous le n° CAL-2021-00045.

L'arrêt dont pourvoi a fait l'objet d'une signification à SOCIETE1.) SA en date du 28 juillet 2022.

Le pourvoi en cassation a été interjeté dans les forme et délai prévus aux articles 7 et 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure de cassation.

La partie défenderesse en cassation ayant signifié un mémoire en réponse le 24 novembre 2022, déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 2 décembre 2022, ce mémoire en réponse n'est pas à considérer pour être tardif. En effet, il a été notifié et déposé en dehors du délai légal de 2 mois prescrit à l'article 15 de la prédite loi, prenant cours à partir de la signification du mémoire en cassation.

Quant aux antécédents factuels et procéduraux :

Les parties étaient liées par un marché public, tendant à la livraison et au montage par SOCIETE1.) SA, adjudicataire, pour le compte de l'ETAT, pouvoir adjudicataire, d'un radar d'aviation.

Le marché public en cause, suite à la livraison du radar, n'a abouti, l'ETAT ayant décidé de ne pas réaliser le projet.

SOCIETE1.) SA a assigné l'ETAT pour voir constater, sinon prononcer la résiliation du contrat conclu entre elles, ce aux torts exclusifs de l'ETAT, et a demandé la condamnation de l'ETAT au paiement de la somme de 1.124.712,30 euros à titre de dommages et intérêts, avec les intérêts légaux.

Par jugement n° 2020TALCH17/00078 rendu le 18 mars 2020, les premiers juges ont déclaré non fondé la demande de SOCIETE1.) SA. Il est précisé qu'ils ont retenu le principe de la responsabilité contractuelle dans le chef de l'ETAT.

En effet, les premiers juges, relevant que l'ETAT ne reproche aucune faute à SOCIETE1.) SA, ont retenu que l'ETAT a manifesté sa volonté ferme et définitive de ne plus poursuivre le contrat et y a donc mis fin unilatéralement, et qu'ayant engagé sa responsabilité

contractuelle du fait de sa résiliation unilatérale, il est tenu de dédommager SOCIETE1.) SA de tout préjudice résultant pour cette dernière de ladite résiliation unilatérale.

Pour le surplus, les premiers juges ont toutefois décidé que SOCIETE1.) SA est restée en défaut d'établir ses revendications indemnitaires et a en conséquence débouté SOCIETE1.) SA de sa demande en paiement à titre de dommages et intérêts. Ils ont également rejeté la demande formulée par l'ETAT dans ce cadre indemnitaire, tendant à la restitution du matériel à l'adjudicataire et à la condamnation de SOCIETE1.) SA de lui payer le prix y relatif.

Devant les premiers juges, les parties ont fait état de ce que la résiliation opérée par l'ANA (l'Administration de la Navigation Aérienne) par courrier du 14 août 2014, aux termes duquel SOCIETE1.) SA fut informée que les travaux n'auront plus lieu et que le dossier est clôturé, fut annulée par le tribunal administratif par décision rendue le 27 février 17 à la demande de SOCIETE1.) SA. Suite à cette décision, il n'y a pas eu de reprise factuelle du marché par la continuation des travaux et l'aboutissement du projet. La réalisation du projet est d'ailleurs devenue impossible du fait de la réaffectation par l'ETAT des terrains destinés à accueillir le radar en question en parc d'éoliennes.

Par arrêt dont pourvoi, les magistrats d'appel ont confirmé le jugement entrepris, bien que pour d'autres motifs.

Pour statuer ainsi, ils ont retenu que

- le marché et le contrat afférant n'ont pas fait l'objet d'une résiliation et sont restés en vigueur, et
- qu'à défaut d'être saisie d'une demande en résiliation du contrat en cause, les prétentions indemnitaires de l'appelante SOCIETE1.) SA, tout comme la demande en restitution réitérée par l'ETAT en instance d'appel (qualifiée par les magistrats d'appel d'appel incident) ne sauraient prospérer alors qu'elles reposent sur la prémisse de la résiliation effective du contrat, hypothèse factuelle pourtant non établie.

Les passages pertinents de l'arrêt dont pourvoi sont les suivants¹ :

« (...) Appréciation de la Cour

Suivant l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

Le tribunal a retenu que l'Etat « a manifesté sa volonté ferme et définitive de ne plus poursuivre le contrat conclu avec la société SOCIETE1.) et qu'il y a donc mis fin unilatéralement. Le tribunal relève encore qu'aucune faute n'est reprochée à la société SOCIETE1.).

Il est dès lors incontesté que le contrat ne sera plus exécuté du fait d'une décision unilatérale prise par l'Etat.

¹ cf. p. 3-4 de l'arrêt dont pourvoi

Par son comportement, l'Etat a dès lors résilié unilatéralement le contrat sans établir, ni même alléguer se trouver dans un des cas prévus par l'article 100 du règlement du 7 juillet 2003.

La société SOCIETE1.) ne fait pas valoir de moyens tenant à la régularité formelle de cette résiliation ou tendant à voir annuler cette résiliation. Elle se contente de demander indemnisation du préjudice subi par cette résiliation.

L'Etat ayant engagé sa responsabilité contractuelle du fait de sa résiliation unilatérale, il est tenu de dédommager la société SOCIETE1.), conformément au droit commun, de tout préjudice résultant pour cette dernière de la résiliation unilatérale. »

La Cour ne saurait souscrire à cette analyse. Il résulte du jugement non appelé du tribunal administratif du 27 février 2017, que la lettre du 14 août 2014 emportant décision de ne pas construire l'objet du marché et du contrat, signée du directeur de l'administration de la navigation aérienne, a été annulée pour avoir été prise par une autorité incompétente, alors que seul le ministre ayant le transport et plus particulièrement la navigation aérienne dans sa compétence, pouvait résilier le marché en cause.

Il n'est ni établi, ni même allégué que cette autorité aurait par la suite pris une telle décision. La coupure de presse rapportant les propos d'une autorité politique distincte de celle précédemment mentionnée au titre de la compétence, ainsi que l'avis d'une autorité communale ne saurait suppléer à cette carence, pas plus que des développements sur une éventuelle pratique ou situation administrative de fait, fussent-elles agréés par l'Etat. Il s'ensuit que le marché, et le contrat afférent sont, au vu des éléments dont dispose la Cour, restés en vigueur.

Dans ces conditions, et sans qu'il n'y ait lieu de se prononcer plus avant sur les moyens relatifs au préjudice, il échet de confirmer le jugement entrepris, quoi que pour un autre motif, le dommage invoqué étant rattaché à une hypothèse factuelle non établie, il devient oiseux d'en toiser la réalité, son rattachement à un autre évènement déclencheur n'étant ni invoqué, ni demandé à défaut de saisine de la Cour d'une demande en résiliation du contrat.

Les demandes de restitution de l'Etat qui doivent s'analyser en un appel incident, dont la recevabilité n'est pas contestée, se fondant sur la même prémisse hypothétique, elles ne sauraient pas prospérer davantage. »

Pour être complet, il y a également lieu de reproduire l'extrait pertinent de la motivation des premiers juges quant à la responsabilité contractuelle retenu dans le chef de l'ETAT ² :

« (...) Bien que le tribunal administratif ait annulé la décision de résiliation du directeur de l'ANA au motif qu'il n'avait pas la compétence requise pour agir ainsi, il faut constater que par son comportement, le pouvoir adjudicateur a créé une situation de fait rendant impossible la poursuite du contrat.

² cf. p. 6 du jugement du 18 mars 2020 ;

L'Etat admet qu'après la signature du marché public et après la livraison du radar TAR3 par la société SOCIETE1.), il en a tenu l'installation en suspens pour faire réaliser des études de faisabilité et des audits externes qui auraient confirmé que la construction du radar n'était pas nécessaire, voire totalement inutile et inappropriée. Il confirme également que le site où le radar aurait dû être construit a été réaffecté à d'autres fins et qu'entretiens, un parc éolien y a vu le jour.

Le tribunal note que les études invoquées par l'Etat pour justifier l'arrêt des travaux ne sont pas versées et que la société SOCIETE1.) conteste que l'installation du radar est inutile. Le tribunal n'entend pas entrer dans ce débat qui n'est pas pertinent du moment où il est incontesté que l'Etat a décidé unilatéralement de ne pas faire installer le radar sans que la moindre faute dans le chef de la société SOCIETE1.) n'est rapportée ni même alléguée.

Le tribunal constate que le défendeur a manifesté sa volonté ferme et définitive de ne plus poursuivre le contrat conclu avec la société SOCIETE1.) et qu'il y a donc mis fin unilatéralement. Le tribunal relève encore qu'aucune faute n'est reprochée à la société SOCIETE1.).

Il est dès lors incontesté que le contrat ne sera plus exécuté du fait d'une décision unilatérale prise par l'Etat.

Par son comportement, l'Etat a dès lors résilié unilatéralement le contrat sans établir, ni même alléguer se trouver dans un des cas prévus par l'article 100 du règlement du 7 juillet 2003.

La société SOCIETE1.) ne fait pas valoir de moyens tenant la régularité formelle de cette résiliation ou tendant à voir annuler cette résiliation. Elle se contente de demander indemnisation du préjudice subi par cette résiliation.

L'Etat ayant engagé sa responsabilité contractuelle du fait de sa résiliation unilatérale, il est tenu de dédommager la société SOCIETE1.), conformément au droit commun, de tout préjudice résultant pour cette dernière de la résiliation unilatérale »³.

Quant au 1^{er} moyen de cassation :

Le 1^{er} moyen de cassation est tiré de la violation de l'article 571 du Nouveau Code de procédure civile par fausse application du principe de l'effet dévolutif en découlant,

en ce que Cour d'Appel, par la motivation employée pour débouter SOCIETE1.) SA de sa demande, à savoir qu' « *il échet de confirmer le jugement entrepris, quoi que pour aucun autre motif, le dommage invoqué étant rattaché à une hypothèse factuelle non établie, il devient oiseux d'en toiser la réalité, son rattachement à un autre évènement déclencheur n'étant ni invoqué, ni demandé à défaut de saisine de la Cour d'une demande en résiliation du contrat* », s'est déclarée non-saisie « *de la demande principale primitive de voir constater*

³ passages mises en exergue par la soussignée ;

la résiliation du contrat aux torts de l'État et de la demande subsidiaire de prononcer la résiliation la demande en constat aux torts de l'État pourtant expressément formulée par le dispositif de l'acte introductif d'instance du 17 septembre 2018 »,

alors que SOCIETE1.) SA n'a pas limité l'effet dévolutif dans son acte d'appel, partant n'a pas limité les débats devant la Cour d'appel et que la Cour d'appel aurait dû examiner, discuter et juger en intégralité sa demande primitive en instance d'appel, donc y compris sa demande tendant à voir prononcer la résiliation du contrat entre parties.

Selon le demandeur en cassation, par la négation de leur saisine d'une demande en résiliation du contrat conclu entre parties, les juges d'appel auraient violé le principe de l'effet dévolutif.

La demanderesse en cassation fait donc valoir aux termes de son moyen que la Cour d'appel fut saisie de l'entière du litige, donc y compris de sa demande primitive tendant à voir prononcer la résiliation du contrat entre parties.

L'effet dévolutif est généralement défini comme étant l'effet produit par certaines voies de recours (appel, opposition) qui, remettant en question une chose jugée, en défèrent la connaissance à la juridiction de recours avec pouvoir et obligation pour elle de statuer à nouveau en fait et en droit sur tous les points qu'elles critiquent dans la décision attaquée (et sur ces points seulement). Le litige se trouve donc transporté du premier juge devant le juge du second degré. L'acte d'appel saisit la juridiction d'appel et détermine l'étendue de sa saisine suivant l'adage « *tantum devolutum, quantum appellatum* »⁴.

L'effet dévolutif de l'appel détermine donc dans quelle mesure un litige se trouve déféré de la première instance à l'instance supérieure.

*« L'étendue de la dévolution est déterminée par les termes de l'exploit d'appel. Lorsque l'exploit d'appel est conçu en termes généraux, la dévolution embrasse toutes les dispositions de la décision attaquée qui sont préjudiciables à l'appelant. Pour que la dévolution ne soit que partielle, il faut que l'acte d'appel s'exprime en termes clairs et précis à cet égard. (...) »*⁵

Pour analyser le moyen, il y a lieu d'examiner en l'espèce l'étendue de la saisine de la Cour d'appel par l'acte d'appel interjeté par SOCIETE1.) SA et, le cas échéant, l'appel incident formulé par l'ETAT.

Pour rappel, quant à la demande initiale de SOCIETE1.) SA, les premiers juges ont retenu la responsabilité contractuelle de l'ETAT et ont dit que l'ETAT doit dédommager SOCIETE1.) SA de tout préjudice résultant pour cette dernière de la résiliation unilatérale. Quant au volet indemnitaire, les premiers juges ont débouté SOCIETE1.) SA de tous les postes indemnitaires formulés par cette dernière et ont en conséquence déclaré non fondée sa demande tendant à la condamnation de l'ETAT au paiement de la somme réclamée à titre de dommages et intérêts. Dans le cadre des débats des postes indemnitaires, l'ETAT a opposé, voire demandé la restitution du radar à SOCIETE1.) SA et la condamnation de

⁴ cf. arrêt n° 135/17 – II-Civ ;

⁵ cf. op. cit. ;

SOCIETE1.) SA à lui rembourser le prix dudit radar, raisonnement non avalisé par les premiers juges.

Quant à l'appel principal interjeté par SOCIETE1.) SA, il appert de la motivation de l'acte d'appel que les critiques formulées par l'appelante par rapport au jugement entrepris portent exclusivement sur le volet indemnitaire. Ainsi, l'appelante, après avoir rappelé sub I. les tenants et aboutissants de l'affaire⁶, dit sub « II. – EN DROIT : l'appel est entrepris sur le dire des premiers juges de qualifier la demande non fondée au seul motif qu'il y ait eu absence de preuve de l'existence du dommage en retenant que la demanderesse ne produit pas le moindre élément permettant au tribunal d'apprécier la réalité ou le montant de son préjudice »⁷. Aux pages subséquentes de son acte d'appel, elle expose et quantifie son dommage sous les points 2.1 à 3.4.5.. Elle conclut que ses « prétentions en paiement et en indemnisation sont parfaitement documentés et chiffrables et qu'il échet partant de réformer le premier jugement et de déclarer sa demande initiale fondée. »⁸

Il s'ensuit que la formulation pour laquelle l'appelante a opté en termes de dispositif, à savoir que l'intimé s'entende dire, par réformation du jugement du 18 mars 2020, fondée et justifiée la demande, et se voie partant condamné à payer à SOCIETE1.) SA la somme de 1.214.469,09 euros (...) n'embrasse manifestement pas le volet du jugement ayant statué sur la responsabilité contractuelle de l'ETAT.

Partant, la saisine des juges d'appel par l'appelant SOCIETE1.) SA a clairement été limitée au seul volet indemnitaire.

D'ailleurs, dans la mesure où les premiers juges ont retenu la responsabilité contractuelle dans le chef de l'ETAT, et ont partant fait droit au volet de la demande de SOCIETE1.) SA tendant à voir retenir la responsabilité contractuelle de l'ETAT quant à son principe, l'appelante n'avait aucun intérêt à entreprendre ce volet du jugement.

Contrairement aux affirmations de la demanderesse en cassation comme quoi la Cour d'appel aurait été saisie de l'intégralité du litige, c'est elle-même qui a cantonné la saisine de la Cour d'appel au seul volet indemnitaire.

Quant à l'ETAT, intimé et seule partie ayant eu intérêt à discuter la responsabilité contractuelle retenu dans son chef et à soumettre aux magistrats d'appel ce volet du litige, force est de constater qu'il n'a pas non plus déféré à la Cour d'appel le réexamen du volet tenant à la responsabilité contractuelle retenu du fait de la résiliation unilatérale opérée par lui.

En effet, il appert de façon univoque du dispositif des conclusions récapitulatives de l'ETAT qu'il se limite exclusivement à conclure quant au volet indemnitaire⁹. C'est dans ce contexte indemnitaire qu'il a demandé de voir constater que SOCIETE1.) SA est resté propriétaire du matériel livré, de partant voir ordonner la restitution dudit matériel à l'appelante et la condamnation de cette dernière de lui payer le montant de 1.517.157,40 euros. C'est cette demande que les magistrats d'appel ont qualifié d'appel incident.

⁶ cf. p. 2 de l'acte d'appel de SOCIETE1.) SA ;

⁷ cf. p. 3 de l'acte d'appel de SOCIETE1.) SA ;

⁸ cf. p. 12 de l'acte d'appel de SOCIETE1.) SA ;

⁹ cf. p. 13 des conclusions récapitulatives de l'ETAT ;

D'ailleurs, aux corps de ses conclusions récapitulatives, l'ETAT, après avoir réitéré ses déclarations formulées en première instance qu'il a résilié unilatéralement le contrat sans qu'un comportement fautif de SOCIETE1.) SA n'ait pu contribuer à cette décision de résiliation et qu'il a effectivement créé une situation de fait rendant impossible la poursuite du contrat¹⁰, ce par la construction d'un parc d'éoliennes sur le site initialement affecté à l'installation du radar en question, il conclut exclusivement quant au dommage.

Ainsi, l'appel incident formulé par l'ETAT n'a donc manifestement pas non plus embrassé le volet de la responsabilité contractuelle, ni a fortiori celui de la résiliation du marché conclu entre parties.

La résiliation unilatérale du contrat par l'ETAT ayant été acquise par les deux parties, tout comme l'absence d'un quelconque comportement fautif dans le chef de SOCIETE1.) SA dans ladite résiliation, aucune d'elles n'a déféré à la juridiction d'appel le volet du litige portant sur le principe de la responsabilité contractuelle retenu dans le chef de l'ETAT.

Il s'en suit que l'étendue de la saisine de la Cour d'appel s'est limitée au seul volet indemnitaire.

Dans la mesure où la demanderesse en cassation fait valoir que la Cour d'appel fut saisie de l'entièreté du litige, elle fonde son moyen, en vertu de ce qui précède, sur une fausse prémisse. A ce titre, le moyen manque en fait.

Toutefois, il reste que conformément à ce qui précède que la Cour d'appel s'est autosaisie du réexamen de la résiliation du marché conclu entre parties et, sans qu'aucune d'elles ne l'ait appelée à procéder à cet réexamen, a décidé que faute de résiliation le contrat entre parties est resté en vigueur. Les magistrats d'appel étant parvenus à cette conclusion sans pour autant demander aux parties d'y prendre position, se pose la question si la Cour d'appel n'a pas violé le principe du contradictoire, l'un des principes directeurs régissant l'instance judiciaire.

Le moyen de la violation du principe de contradiction, tiré de la violation de l'article 65 du NCPC, est un moyen d'ordre public qui, en tant que moyen uniquement révélé par la lecture de l'arrêt, ne se heurte pas au grief de nouveauté et peut donc être soulevé d'office par votre Cour.

Un tel moyen pourrait éventuellement être libellé comme suit : moyen tiré de la violation de l'article 65 du NCPC en ce que la Cour d'appel a examiné d'office la question de la résiliation du marché conclu entre parties, alors que la Cour d'appel avait le devoir d'observer le principe de la contradiction et ne pouvait procéder d'office à cet examen, essentiel et préalable à la question de la responsabilité contractuelle en cause, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

Il reste également que la Cour d'appel, par une contradiction de motifs, pour examiner la question de la résiliation du contrat, estimait nécessairement que la question de la résiliation du contrat entre parties lui a été déférée, alors qu'en ce qui concerne le volet indemnitaire, elle fit valoir ne pas avoir été saisie d'une demande en résiliation du contrat en cause.

¹⁰ cf. p. 3 et 4 des conclusions récapitulatives de l'ETAT sub les point 1 et 2 ;

De deux choses l'une,

- soit par l'acte d'appel et/ou l'appel incident elle fut saisie de l'entière du litige, donc y compris le volet de la responsabilité contractuelle dans le chef de l'ETAT ; le cas échéant, il lui incombait d'examiner tant la question du constat de la résiliation du contrat, qu'en ordre subsidiaire l'examen de la résiliation judiciaire (demandes formulées par SOCIETE1.) SA par ordre de subsidiarité aux termes de son assignation),
- soit, conformément aux développements de la soussignée, le volet de la responsabilité contractuelle de l'ETAT ne fut pas déféré aux magistrats d'appel ; le cas échéant, il ne leur incombait pas d'examiner s'il y a eu ou non résiliation du marché public ; elle aurait dû limiter son examen au seul chef lui soumis, à savoir le volet indemnitaire.

Le moyen de la contradiction de motifs, tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 du Nouveau Code de procédure civile, est un moyen d'ordre public¹¹ qui, en tant que moyen uniquement révélé par la lecture de l'arrêt¹², ne se heurte pas au grief de nouveauté et peut donc être soulevé d'office par votre Cour¹³.

Un tel moyen pourrait éventuellement être libellé comme suit : moyen tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 du Nouveau Code de procédure civile en ce que la Cour d'appel, en déclarant que le contrat entre parties est resté en vigueur, a examiné la résiliation du contrat et a implicitement mais nécessairement dit avoir été saisie de cet examen, mais qu'en examinant le volet indemnitaire elle a dit ne pas avoir été saisie d'une demande en résiliation du contrat, alors que l'arrêt comporte ainsi une contradiction de motifs équivalant à un défaut de motifs.

Ainsi, même si le moyen manque en fait, toujours est-il que l'arrêt pourrait, le cas échéant, être cassé sur le fondement d'un moyen d'office d'ordre public tiré de la violation du principe du contradictoire, ainsi que sur le fondement d'un moyen d'ordre public tiré de la contradiction des motifs.

Quant au 2^{ème} moyen de cassation :

Le 2^{ème} moyen de cassation est tiré « *de la violation depuis une fausse respectivement une application erronée quant à l'aveu de l'ETAT, partant une violation de l'article 1356 du Code Civil* », en ce que les magistrats d'appel ont écarté l'aveu formulé par le mandataire de l'ETAT au nom et pour son compte en ce qu'il a conclu dans les conclusions du 31 janvier 2022 que :

¹¹ BORÉ, La cassation en matière civile, n° 82.361 et n° 82.351 ;

¹² idem, n° 82.151 ;

¹³ cf. CASS n° 18/09 du 26.3.2009, n° 2616 du registre ;

Le pouvoir adjudicateur ne conteste pas qu'il a créé une situation de fait, par la construction d'un parc d'éoliennes sur le site initialement affecté à l'installation du radar TRA 3, rendant ainsi impossible la poursuite du contrat;

Ce n'est pourtant qu'après avoir obtenu la certitude de l'inutilité la plus totale du TAR 3 que l'intimée a résilié unilatéralement le contrat, sans pour autant reprocher un comportement fautif à SOCIETE1.).

alors que l'aveu judiciaire fait d'office foi contre celui qui l'a fait.

La critique formulée aux termes du moyen sous examen émane de fausses considérations, alors que l'aveu judiciaire ne fut pas invoqué et n'était pas dans le débats, la résiliation unilatérale du marché par l'ETAT et la responsabilité contractuelle de l'ETAT n'ayant pas fait l'objet de contestations pour ayant été acquises *ab initio* et le volet du litige y relatif n'ayant pas été déféré à la juridiction d'appel.

Il doit s'en suivre que le moyen manque en fait, les juges d'appel n'ayant pas écarté l'aveu judiciaire.

En considération des moyens de pure droit à soulever d'office, le moyen est susceptible de devenir sans objet.

PAR CES MOTIFS

Le pourvoi est recevable, mais non fondé.

La soussignée se rapporte à votre sagesse s'il y a éventuellement lieu, conformément à ce qui a été exposé dans la discussion faite ci-avant du premier moyen de cassation de soulever d'office un moyen d'ordre public tiré de la violation de l'article 65 du NCPC, ainsi qu'un moyen d'ordre public tiré de la violation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249 du Nouveau Code de procédure civile.

Pour le Procureur Général d'Etat,
1^{er} avocat général,

Monique SCHMITZ